

LEIDA Y SOSTENIDA

POR EL BACHILLER

D. JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA,

ANTE EL

CONSEJO UNIVERSITARIO

Despues de rendir las demás pruebas para obtener el grado de Doctor en Jurisprudencia.

MONTEVIDEO—1860.

IMPRENTA DE **La República**.

EXMO. SR. DR. D. EDUARDO ACEVEDO, MINISTRO DE GOBIERNO Y RELACIONES ESTERIORES.

Montevideo, Agosto 16 de 1860.

El gran deseo que he tenido siempre de manifestar á V. E. mi aprecio y mi respeto, me anima á presentarle este humilde trabajo, esperando que V. E. se servirá aceptarlo bondadoso.

La aceptacion de V. E. me servirá de estímulo en la profesion á que aspiro, tanto mas cuanto que es V. E. una de las primeras ilustraciones de mi Patria, y el mejor modelo para los que se dedican á la noble carrera del foro.

Soy de V. E. affmo. S. S. y compatriota

JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA.

SR. BACHILLER D. JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA.

Mi querido Requena:

Anoche recibí su disertacion con las benévolas palabras que le ha dictado la amistad que me profesa, y que le viene de herencia.

Mucho se las agradezco, así como la distincion que me hace al dedicarme su primer trabajo científico.

Haciendo votos porque el éxito corone sus esfuerzos, me repito suyo affmo.

(firmado) EDUARDO ACEVEDO.

Agosto 17 de 1860.

SEÑORES DEL CONSEJO UNIVERSITARIO:

El cumplimiento de un honroso deber me trae ante vosotros á rendir la última prueba que segun los estatutos Universitarios es necesaria, para coronar los desvelos en la difícil carrera literaria que he tenido la fortuna de concluir en la Universidad de mi Pais. Contando con la benignidad con que me habeis hecho el honor de distinguir en mis anteriores pruebas, no he trepidado en creer y esperar de vuestra ilustracion un fallo que será para mí un grande estímulo y aliento en las tareas que aun me restan para alcanzar la noble profesion á que aspiro.

Muy lejos estoy de creer que mi pobre trabajo pueda llenar las exigencias de vuestra ilustracion, pero sí creo que á lo menos satisfará á vuestra benevolencia. Animado por ella entro ya á ocuparme del asunto á que se contrae

mi disertacion. Esta versará sobre un punto de derecho penal respecto del que la doctrina de nuestro ilustrado Catedrático se presenta en disconformidad con una ley que se rejistra en uno de nuestros códigos: la Ley 2, Tít. 31, Part. 7a. Aquella doctrina nos enseña que *à pesar* de lo que dice esa ley de partidas no ha de aplicarse la pena ordinaria del delito consumado, al delito frustrado y menos á la tentativa del delito.

Esto es lo mas conforme con los buenos principios de la ciencia, lo mas ajustado á las reglas de equidad; y lo mas conveniente á los verdaderos intereses sociales. Agregaremos todavía que tambien es lo mas arreglado á la lejislacion vigente del pais.

I.

Concretándonos primeramente á la tentativa, encontramos que en el derecho Romano, segun lo afirma el ilustrado Sr. Goyena, existen pocos testos sobre la tentativa, del delito, y que estos se hallan en contradiccion. Que la ley 18, tít. 19, lib. 48 del digesto dice: «Nadie sufre pena por solo el pensamiento; que la ley 14, tít. 8 del mismo libro dice con igual concision, "en los delitos se atiende no á la voluntad sinó al éxito" pero que los intérpretes, limitan esta última ley al homicidio, y á algunos otros delitos mas graves exigiendo que el ánimo se haya manifestado por algun acto próximo al homicidio; y que por último dicen que al presente la tentativa cuando no llega á consumarse es castigada con pena estraordinaria.

Se vé pues, continúa el mismo autor, que el derecho Romano adolece de alguna oscuridad en cuanto á la pena de la tentativa, aunque lo mas seguro es que tiene la misma del delito consumado.

Tomadas las leyes de partidas del derecho Romano que es su fuente principal, la ley 2, tít. 31, part. 7.ª ya citada, encierra aquellas dos leyes Romanas, pero esplicándose con mayor claridad, puesto que requiere que la tentativa se haya manifestado por un principio de ejecucion y que el delito no se haya consumado por circunstancias independientes de la voluntad del que lo intenta. "Comenzando á meter por otra" (dice la ley) que non finque por él de lo cumplir.»

Veamos ahora cuales son los principios de la jurisprudencia criminal mas generalmente recibidos y observados.

Beccaria en su obra de los delitos y de las penas dice:

«Es necesaria una pena porque importa prevenir hasta las primeras tentativas de los delitos; pero como puede mediar algun intérvalo de tiempo entre estas tentativas y la ejecucion, conviene reservar una pena mayor para el délito consumado, á fin de dejar al que lo comenzó algunos motivos que puedan apartarle de su consumacion.»

Magistrados versados en materia criminal, dice Mr. Carnot, citado por Goyena y un gran

número de presidentes de los Tribunales de Assissas habian celebrado que el código hubiese autorizado á los Tribunales para que no aplicasen al caso de simple tentativa sino las penas inferiôres á las que la ley declara aplicable cuando se ha consumado el delito.

M. Rossi en su tratado de derecho penal se espresa en estos terminos:

«En medio de estos encontrados debates mi opinion es que el sentido comun y la conciencia pública han hablado constantemente el mismo lenguaje: el delito no se ha consumado luego debe ser menor su castigo. No debe ser conducido al cadalso indistintamente el asesino cuya víctima yace en la tumba y aquel cuya víctima designada gracias á la interrupcion de la tentativa se halla tal vez entre los espectadores del suplicio.»

Pacheco, establece estas dos reglas como únicas:

«1.ª Que las penas destinadas á castigar la tentativa del crímen deben ser menores que las que recaerían si se hubiesen consumado los crímenes mismos.

«2.ª Consiste en que por su naturaleza son y deben ser variables; que mas corta y menos severa cuando la tentativa se interrumpió en sus primeros pasos y á gran distancia de la conclusion del delito, deben ir aumentándose y agravándose proporcionalmente, segun llega-

ron mas adelante los hechos y faltó menos para completar aquel.»

Se deja ver pues que todas estas opiniones están acordes con la doctrina sentada en la tesis, y que por consiguiente la pena de la tentativa debe ser menor que la del delito consumado y aun que la del delito frustrado.

II.

Entendemos por delito frustrado cuando el agente ha ejecutado todos los actos que tenían por objeto el llevar á cabo una decision criminal, el consumar un crímen y sin embargo esta accion no ha producido el resultado, el efecto material que se esperaba de ella,(por ejemplo) un hombre con el objeto de procurar el aborto de una muger embarazada, le dá una bebida, pero se administran ciertos medicamentos que impiden que la bebida produzca sus efectos. Se conoce pues que ya ha dejado de ser tentativa de delito, pues el delito no puede suspenderse ya por la voluntad de su autor,no puede haber ya lugar al arrepentimiento; con todo no puede decirse que el crímen se haya consumado, porque el objeto que su autor se pro-

puso, no se llenó en todas sus partes; porque el resultado no ha correspondido á las miras del delincuente, porque el crimen se frustró. Pero aun en este caso, no se ha de imponer la pena, como si se hubiese consumado el delito, sinó otra menor; así lo aconsejan los buenos principios de la ciencia, y lo reclama el sentimiento de la humanidad.

El autor del delito frustrado no produce el mismo perjuicio material que el del delito consumado, y esto no puede menos de considerarse, al fijar la medida de la pena porque la ley no solo debe tener presente la mayor ó menor criminalidad de la intencion revelada por el delito, sino tambien el mal, daño y la alarma que causa á la sociedad.

En corroboracion á esto, dice el ya citado Rossi:—«Los hombres no confunden ni han confundido nunca el autor del delito frustrado con el del delito consumado.» Hay mas: los mismos delincuentes hacen esta distincion en el fondo de su corazon; cualquier hombre ha podido esperimentarlo en los actos de descuido. El que por una imprudencia cualquiera ha estado espuesto á causar un mal de consideracion, y el que lo ha causado efectivamente, no siente el mismo pesar los mismos remordimientos.

Pacheco, en sus lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 dice: «por lo que toca á la penalidad del delito frustrado

tampoco debe prescindirse de hacerla real y efectiva. Lo mismo en este que en todos los casos en que el crímen se frustra, es de completa razon que no se imponga tan duro castigo como corresponderia al crímen real y verdadero, mas, lo es tambien que se pene en proporcion de la alarma del escándalo y de la perversidad. Faltando el mal á que se tendia, las leyes de nuestra justicia humana no pueden prescindir de tenerlo en consideracion para disminuir la pena que existiendo habría debido imponerse.

La consideracion de que consumado el crímen, el delincuente ha conseguido los placeres ilejítimos que tanto anhelaba, contribuye á diferenciar y juzgar de distinto modo el delito consumado del delito frustrado; si la espiacion debe ser proporcionada á esos goces debe ser menos grave cuando no ha podido obtenerlos; por estas consideraciones creemos debe imponerse pena mas leve al delito frustrado que al consumado.

III.

Por delito consumado entendemos. Cuando la obra criminal que un individuo se ha propuesto, ha sido realizada en todas sus partes, cuando los deseos del delincuente han sido satisfechos.

Todos los autores y todos los códigos están conformes en la pena establecida para este delito y creo no tener nada que añadir.

Despues de las razones emitidas se vé claramente que debe imponerse, *pena mas leve en la tentativa que en el delito frustrado y que la de este debe ser menor que la del delito consumado*, por eso consideramos que la ley de Partida no está basada en los verdaderos principios del derecho ni en la equidad, pues ella suprime una de las cualidades esenciales de la pena cual es

la *proporcion*. Dicha ley dispone lo siguiente:— «Mas si despues que lo oviesse pensado se trabajasse de lo fazer, é de lo cumplir, començandolo de meter en la obra, maguer non lo cumpliese de todo, entonce seria en culpa; é meresceria escarmiento, segund el yerro que fizo, porque erró en aquello que era en su poder, de se guardar de lo facer, si lo quisiera; é esto seria como si alguno ouisse pensado de fazer alguna traycion contra la persona del Rey, é despues començasse en alguna manera á meterlo en obra, assi como fablando con otros, para meterlos en aquella traycion que auia pensado él, ó faziendo jura, ó escrito con ellos; ó començandolo á meter por obra en alguna otra manera semejante destas, maguer non la ouiese fecho acabadamente. Esso mesmo seria, si viniese en voluntad á algund ome, de matar á otro, si tal pensamiento malo como este començase á lo meter por obra, teniendo alguna ponzoña aparejada para darle á comer ó á bever ó tomando algund cuchillo, ó otra arma yendo con él para matarlo; ó estando armado asechandolo en algund logar, para darle muerte; ó trabajandose de lo matar en alguna otra manera semejante desta, metiendolo ya por obra; ca maguer non lo cumpliese meresce ser escarmentado assi como si lo oniesse cumplido, por que non fincó por el de lo cumplir, si pudiera. Otro si dezimos, que si alguno pensasse de robar, ó forzar alguna muger vírgen ó muger ca-

sada é començasse á meterlo por obra trauando de alguna dellas, para cumplir su pensamiento malo, é levandola arrebatada; ca maguer non passase á ella merece ser escarmentado bien assi como ouiesse fecho aquello que cobdiciava, pues que non fincó, por quanto el pudo fazer, que se non cumplio el yerro que auia pensado. En estos sobre dichos tan solamente ha logar lo que diximos, que deven rescebir escarmiento los que pensaren de fazer, el yerro, pues que comiençan á obrar del maguer no lo cumplan.»

Esta ley en su primera parte está conforme con los principios enunciados, como resulta de las siguientes palabras: «Mas si despues que lo hu-« biese pençado se trabajase de lo fazer é de lo « cumplir, comenzandolo de meter en obra, « *maguer no lo cumpliese de todo,* entonce se-« ria en culpa é mereceria escarmiento segun el « *yerro que fizo.*» Es decir: segun la gravedad del delito que emana de la tentativa ó de los males que ella cause. En esta disposicion de la ley resulta su conformidad con los principios que establecen la proposicion de la pena.

Esta cualidad como la observa nuestro texto es todavía el desideratum de la ciencia, del que seguramente nos alejariamos si hubiera de tomarse como regulador la última parte de la ley que acabo de transcribir. Grande es la dificultad que se presenta para establecer la exacta proporcion entre los delitos y las penas,

pero es una regla generalmente recibida, que los delitos mas graves han de ser castigados con penas mas rigorosas y que las circunstancias atenuantes del delito disminuye la pena al paso que la aumentan las circunstancias agravantes. Si pues la mas ó menos gravedad del delito, el mayor ó menor mal que causa, es lo que regula la proporcion de la pena, porqué ha de prescindirse de ese regulador cuando se trata de la tentativa ó del delito frustrado?

Todos convienen en que aunque la tentativa del delito no puede constituir el mismo delito, que la tentativa de homicidio (por ejemp.) no constituye el homicidio,hay sin embargo en dicha tentativa un hecho criminal mas ó menos grave. Lo mismo debe decirse del delito frustrado,del delito que no llega á consumarse.Luego tenemos que la tentativa y la ejecucion no consumada del delito, están en la escala de actos criminales, y de consiguiente es de rigurosa aplicacion á ellos, la regla de proporcion de la pena que debe seguirse con relacion á los delitos en general. La misma ley de Partida como lo acabo de observar seconforma á esa regla;pero se separa de ella en ódio á ciertos delitos y es esta excepcion la que combatimos fundándonos en las doctrinas que dejamos consignadas en este escrito.

Semejante excepcion de la ley destruye la proporcion de las penas,las convierte en excesivas y exhorbitantes y por consecuencia en

perniciosas en vez de saludables.

Esa excepcion representa todavia los restos de la antigüa ferocidad de los pueblos, de aquellas horrendas crueldades que tanto aflijían la humanidad y que han desaparecido ya del mundo ilustrado. «Importantísimo beneficio esclamaba D. José Marcos Gutierrez, jurisconsulto sábio y religioso que tanto se ha distinguido en el foro Español; «importantísimo be-
« neficio que debemos principalmente á nues-
« tra sacrosanta y divina religion, á una religion
« que nos recrea con la esperanza de una felici-
« dad pura é inalterable, y que á unos males
« pasageros sostituye unos goces sempiternos;
« á una religion que á los remordimientos mu-
« chas veces suficientes, añade el fuerte freno
« de un infierno ó lugar de tormentos intermi-
« nables, y á una religion cuyo divino Maestro
« predicó siempre la virtud, la bondad, la hu-
« manidad y la caridad.» (Práctica Criminal, om. 3º.)

IV.

Todo esto, sin embargo, no basta para responder á la siguiente cuestion—la doctrina del texto del aula es arreglada ó nó á la lejislacion vigente del pais?

Nuestro texto nos enseña que la pena de la tentativa y del delito frustrado, debe irse aproximando á la marcada por la ley para el delito, *à pesar* de lo que dice la ley de Partida transcripta, pero si esa ley estuviese en vijencia, su disposicion constituiría la doctrina legal, y entonces no nos sería lícito prescindir de ella al tratar de los delitos y de las penas segun nuestra lejislacion.

Entiendo pues, que al enseñarnos una doctrina opuesta á esa ley de Partida, que eso equivale el enseñárnosla *à pesar* de lo que la ley

dice, no se ha querido que aprendamos una doctrina contraria á la ley, sinó que desatendamos esa ley porque no forma parte de nuestra lejislacion criminal.

Ensayaré el demostrarlo.

V.

Segun la ley 1.ª de Toro, el Código de las Partidas es un Código supletorio á que no debe recurrirse sinó en defecto de disposiciones para el caso ocurrente, en los ordenamientos, fueros, y leyes recopiladas; luego estableciendo éstas las penas de los delitos á ellas debemos recurrir.

Pero estas leyes que se rejistran en el título 23, libro 8 de la R. C. solo imponen (por ejemp.) pena de muerte al que efectivamente mata y solamente hacen estensiva esa pena al que hiere sin que el herido muera de la herida, mediando asechanza, habla, ó consejo. Esto importa que para el lejislador es tan grave y odioso el acto de herir con alevosía, como el de matar sin ella. Ambos constituyen dos delidos distintos con una

misma pena,yaunque quisiera argüirse que hay desproporcion en las penas,no puede deducirse de la disposicion de esas leyes, que la misma pena se aplique al homicidio frustrado que al consumado. Por el contrario esa misma ecepcion de la ley prueba la regla general y la doctrina que sostenemos, y aun las *confirman* como lo observa el Sr. Garcia Goyena asentando «que la tentativa del delito no es castigado «por nuestras leyes con la pena ordinaria del «mismo, ó como si se hubiera consumado.»

Aunque con sola esta respetable autoridad la demostracion que me he propuesto quedaria hecha, puedo agregar aun el argumento irresistible que fluye de otra disposicion vigente en nuestros códigos; tal es la pragmática de 23 de Febrero de 1734, contenida en el auto 19, tit. 11, lib. 8. R. C. la cual señala pena menor á los que « *acometiendo* para ejecutar el hurto « no lograron el intento, ni la perfecta consu- « macion del delito por algun accidente ó aca- « so.»

Hé ahí consignados yrespetado en esta ley los principios que rigen en la materia. Y existiendo esta ley tan esplícita,sería lícito, señores,aplicar la disposicion de la ley de Partida? ¿Puede ella considerarse vijente? Sin duda que una negativa formal y unánime será vuestra contestacion, porque no pudieran contestar de otro modo los que enseñan y los que aprenden en las escuelas de un pais católico, de carácter suave, de cos-

tumbres moderadas y de instituciones liberales.

Creo, pues, que á virtud de cuanto dejo consignado en este escrito con que he ocupado la benevolente atencion de los señores del Consejo, puedo cerrarlo ya con la proposicion siguiente:

«La doctrina del texto que enseña, que á pesar de lo que dice la ley 2, tít. 31, part. 7.ª, no puede aplicarse á la tentativa del delito ni al delito frustrado, la pena del delito consumado, es ajustada á la lejislacion vijente en la República.»

He dicho.

Joaquin Requena y García.

V.º B.º—Ferreira.

V.º B.º—Narvajas.

Rector de la Universidad—Dr. D. Fermin Ferreira.

Vice-Rector—Dr. D. Joaquin Requena.

Catedrático de la facultad—Dr. D. Tristan Narvaja.

Padrino de Tesis—El mismo Señor.

Padrino de Grado—Dr. D. Gualberto Mendez.

Secretario titular—Dr. D. José Gabriel Palomeque.

Secretario interino—Dr. D. Martin Berinduague.

REPLICANTES.

Dr. D. José Ellauri.

Br. D. Laurentino Ximenez.

Br. D. José Luis Vila.

Doctor Requena!

Un uso universitario, honroso cuanto grato para mí, me impone el deber de recordaros en esta solemne ocasion, á que habeis querido asociarme, la grandeza de la profesion que abrazais, los sérios deberes que ella os impone, inspirándoos la fuerza y la resolucion de cumplirlos.

No tengo necesidad de decir cuan árdua y superior á mis fuerzas sería esta tarea, sinó me viese sostenido y animado por la benevolencia de este auditorio, á quien ciertamente honro, exaltando la nobleza y esplendor de vuestro ministerio.

Sois desde ahora, doctor Requena, llamado á tomar parte en la accion de la justicia, á facilitar la obra del magistrado, á ilustrar su religi-

on, preparando sus decretos. Asociado á sus trabajos, sois por lo mismo solidario de sus deberes y responsabilidad. Si aspirais á llenar cumplida y dignamente la mas alta mision que sea dado al hombre investir, cuando llamado á ser el oráculo de la ley, usa del derecho mas sagrado, pero tambien mas formidable, que haya sido confiado á la sociedad, consagrad á la justicia el amor exclusivo y dominante de las almas privilegiadas, que despoja á la virtud en sus momentos de prueba, hasta de las apariencias del sacrificio, y solo se satisface con los goces austeros de una conciencia firme y serena.

Por ley de vuestro ministerio sois el consejero y consolador de todos los pobres y oprimidos; sin humillar la desgracia con vuestros desdenes, estais obligado á buscar la verdad y á hacerla brillar ante la justicia, esa forma abstracta de la divinidad á que acabais de ofrecer un nuevo culto.

Llamado en todos los instantes por vuestra institucion á tomar parte en las opiniones é intereses que dividen á los hombres, investigar la verdad, demostrarla y persuadirla es la mas elevada mision del jurisconsulto, es vuestra obra por excelencia. Convencer y persuadir á los hombres por medio de la palabra es el mas notable empleo de las mas nobles facultades del espíritu. Aspirad al secreto de ese arte maravilloso consagrando un culto asiduo y apasionado á los escritos imperecederos de esos ilustres va-

rones, que han sido grandes por la palabra y el pensamiento, grandes por el estilo, que han defendido noblemente las grandes causas y que en todas las épocas de la humanidad se han mostrado los generosos campeones de sus intereses y mas sagrados derechos!

Habituaos desde temprano á la templanza, á la benevolencia y á la dulzura, pues en el manejo de las diversas funciones á que sereis llamado, en la represion de los crímenes y delitos, sobre todo, deben brillar esas virtudes, tanto mas necesarias cuanto que serán sujetas á mayores pruebas. Sin la calma nuestro espíritu pierde la libertad, la palabra, la moderacion y hasta la misma justicia nos parece una violencia! Guardaos, empero, de confundir esos sentimientos de un corazon siempre elevado con la debilidad, ese desfallecimiento moral que todo lo compromete; os hablo solo de aquellas virtudes que dejando á la conciencia sus generosas indignaciones y á la ley sus severidades necesarias, conservan, sin embargo, la calma y dignidad que convienen á la fuerza y á la razon.

Consagrad todos vuestros instantes al estudio y refleccion de esa ciencia augusta que ocupándose de las relaciones sociales, cubre con su égida tutelar los intereses mas importantes de la sociedad. Inspirad á los que reclamen vuestro sosten y ausilio, gratitud, respeto, admiracion y amistad; — preparad, anticipadamente, para vuestra vejez agradables y deliciosos recuerdos;

que pueda decirse un dia que habeis existido útilmente; haceos, en fin, digno de vuestra profesion, tanto por la excelencia y generosidad de vuestra alma, como por las luces y sagacidad de vuestra razon.

Doctor Requena: en la hermosa profesion á que ya perteneceis tomad por guia las nobles inspiraciones del alma, por ausiliares las grandes lumbreras de vuestra ciencia, y por modelo y ejemplo en el foro oriental, á vuestro digno padre, cuyo saber, y raras cualidades lo colocan en un rango eminente!

GUALBERTO MENDEZ.